

## LE CONGÉ POUR CRÉATION D'ENTREPRISE

---

Le salarié qui envisage de créer ou de reprendre une entreprise, ou d'exercer des responsabilités de direction au sein d'une entreprise répondant aux critères des jeunes entreprises innovantes, peut prétendre soit à un congé pendant lequel le contrat de travail est suspendu, soit à une période de travail à temps partiel.

*Articles L. 3142-78 et L. 3142-79 du Code du travail*

### MISE EN ŒUVRE DU CONGÉ

#### DROIT AU CONGÉ

En vue de favoriser la création ou la reprise d'entreprise par les salariés, le Code du travail leur permet de suspendre leur contrat de travail ou de passer temporairement à temps partiel. À l'issue de cette période, les salariés peuvent au choix, réintégrer leur emploi antérieur ou démissionner pour se consacrer pleinement à la réalisation de leur projet d'entreprise.

Le droit au congé ou à la période de travail à temps partiel est ouvert au salarié qui, à la date de prise d'effet de ce droit, justifie d'une ancienneté dans l'entreprise d'au moins 24 mois, consécutifs ou non.

*Article L. 3142-81 du Code du travail*

L'ancienneté se calcule en tenant compte de celle acquise dans toute autre entreprise du même groupe, au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. L'ancienneté s'apprécie à la date du départ en congé ou du passage à temps partiel.

*Article L. 3142-107 du Code du travail*

Le droit à congé ne peut pas être exercé pour une nouvelle création ou reprise d'entreprise ou une nouvelle participation à la direction d'une jeune entreprise innovante intervenant moins de 3 ans après la précédente.

*Article L. 3142-81 du Code du travail*

#### PROCÉDURE

Le salarié doit informer l'employeur par lettre recommandée avec avis de réception ou lettre remise en main propre contre décharge au moins 2 mois à l'avance :

- de la date du départ en congé ou de la date de début de l'activité à temps partiel ;
- de l'amplitude de la réduction du temps de travail souhaitée ;
- de la durée envisagée de ce congé ou de cette réduction.

Le salarié doit préciser l'activité de l'entreprise qu'il prévoit de créer ou de reprendre.

*Article L. 3142-82 du Code du travail*

Toute demande de prolongation du congé ou de la période de travail à temps partiel doit faire l'objet d'une information à l'employeur dans les mêmes conditions que la demande initiale, deux mois avant son terme.

*Article D. 3142-42 du Code du travail*

En réponse, l'employeur doit informer le salarié par lettre recommandée avec avis de réception ou lettre remise en main propre contre décharge :

- de son accord sur la date de départ ;
- du report du congé pour création d'entreprise ;
- de son refus.

À défaut de réponse dans un délai de 30 jours à compter de la présentation de la lettre de demande du salarié, l'accord de l'employeur est réputé acquis.

*Article L. 3142-98 du Code du travail*

## DURÉE DU CONGÉ

La durée du congé ou de la période de travail à temps partiel est, en principe, d'un an. Elle peut être prolongée d'au plus un an.

*Article L. 3142-80 du Code du travail*

Dans ce dernier cas, le salarié doit informer son employeur de sa volonté de prolonger le congé, par lettre recommandée avec avis de réception ou lettre remise en main propre contre décharge, au moins 2 mois avant le terme de la première année de congé. Le salarié ne peut invoquer aucun droit à être réemployé avant l'expiration du congé. Ce principe vaut pour la première année de congé comme pour sa prolongation.

*Article L. 3142-84 du Code du travail*

## FORMALITÉS À ACCOMPLIR

Au moins 2 mois à l'avance, le salarié informe son employeur par LRAR, ou par lettre remise en main propre contre décharge :

- de la date de départ en congé qu'il a choisie (ou de la date de début de la période de travail à temps partiel, et de l'amplitude de la réduction du temps de travail souhaitée) ;
- ainsi que de la durée envisagée de ce congé.

*Article L. 3142-82 du Code du travail*

Il précise dans cette lettre l'activité de l'entreprise qu'il prévoit de créer ou de reprendre, ou de la jeune entreprise innovante dans laquelle il prévoit d'exercer des responsabilités de direction.

*Article D. 3142-41 du Code du travail*

S'il s'agit d'une demande de renouvellement, le salarié en informe son employeur au moins 2 mois avant le terme de la première année de congé.

*Article L. 3142-82 du Code du travail*

Lorsqu'il est envisagé une période de travail à temps partiel, celle-ci doit donner lieu à un avenant au contrat de travail. Cet avenant doit fixer la durée de la période et comporter les mentions obligatoires du contrat de travail à temps partiel. Toute prolongation de la période de travail à temps partiel, à la demande du salarié, doit donner lieu à la signature d'un nouvel avenant.

## REFUS OU REPORT À L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR

### LES MOTIFS DE REFUS

Le départ en congé ou la période de travail à temps partiel peut être refusé dès lors que les conditions requises ne sont pas remplies, à savoir :

- si le salarié n'a pas l'ancienneté requise ;
- si la demande de congé ou de période à temps partiel est trop proche de la précédente ;
- s'il n'a pas formulé sa demande dans les délais ;
- si la durée du congé ou de la période à temps partiel demandée ne correspond pas à la durée prévue par la loi ;
- si l'activité créée ou reprise est en concurrence directe avec la sienne ;
- ou si le salarié n'a pas indiqué dans sa demande l'activité de l'entreprise qu'il envisage de créer ou de reprendre.

*Cass. soc. 13 février 1991, n° 88-43.837*

Dans les entreprises de moins de 200 salariés, l'employeur peut refuser un congé ou une demande de passage à temps partiel s'il estime, après avis du comité d'entreprise ou, s'il n'en existe pas, des délégués du personnel, que ce congé aura des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise.

*Articles L. 3142-97 et L. 3142-88 du Code du travail*

Le refus est impossible si l'organisation du remplacement du salarié en interne est possible. C'est ce qui a été jugé dans une affaire où un autre salarié disposait d'un diplôme de comptabilité et de l'expérience nécessaire pour occuper ce poste et y était d'ailleurs affecté depuis 11 mois : pour les juges, l'absence de la salariée ayant demandé le congé n'aurait pas eu d'effet préjudiciable pour l'entreprise.

*Cass. soc. 11 mars 2009, n° 07-44.414*

Le refus motivé est porté à la connaissance du salarié soit par lettre remise en main propre contre décharge, soit par lettre recommandée AR. Il est impératif d'en préciser le motif, sans quoi le refus n'est pas valable.

*Articles L. 3142-97 et D. 3142-51 du Code du travail*

Le salarié peut contester le refus de l'employeur, dans les 15 jours suivant la réception de la lettre, devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue en dernier ressort selon les formes applicables aux référés.

### LES MOTIFS DE REPORT

L'employeur a la faculté de différer le départ en congé ou le début de la période de travail à temps partiel dans la limite de 6 mois à compter de la présentation de la demande du salarié. Sous réserve d'un éventuel abus, il n'y a pas de motif à donner.

*Articles L. 3142-83 et D. 3142-44 du Code du travail*

L'employeur de 200 salariés et plus peut également différer le départ en congé de telle sorte que le pourcentage des salariés simultanément absents au titre du congé sabbatique et du congé pour création d'entreprise ou pour l'exercice de responsabilité dans une jeune entreprise innovante ne dépasse pas 2 %.

*Articles L. 3142-96 et D. 3142-49 du Code du travail*

Lorsqu'il s'agit d'une demande de période de travail à temps partiel, l'employeur peut également différer la conclusion des avenants au contrat de travail de telle sorte que le pourcentage des salariés simultanément en temps partiel au titre du congé pour création d'entreprise ou pour l'exercice de responsabilité dans une jeune entreprise innovante ne dépasse pas 2 %. Dans les deux cas, le report peut durer uniquement jusqu'à la date à laquelle la condition de taux est remplie.

*Articles L. 3142-89 et D. 3142-49 du Code du travail*

En cas d'effectif inférieur à 200 salariés, le départ en congé peut être différé de telle sorte que le nombre de jours d'absence prévu au titre du congé sabbatique et du congé pour création d'entreprise ne dépasse pas 2 % du nombre total des jours de travail effectués dans les 12 mois précédant le départ en congé.

*Articles L. 3142-96 et D. 3142-50 du Code du travail*

Pour permettre le départ en congés du salarié, cette période de 12 mois peut être prolongée dans la limite de 48 mois. Dans les entreprises de moins de 200 salariés, cette possibilité de report n'est envisagée que dans les cas de demande d'un congé total, et non dans les situations de demande de période de travail à temps partiel.

## LA PAIE DU SALARIÉ EN CONGÉ POUR CRÉATION D'ENTREPRISE

### RÉMUNÉRATION

Le congé à temps plein n'est pas rémunéré. En revanche, le salarié peut bénéficier d'un report de congés payés, du déblocage de la participation et des sommes versées au titre d'un plan d'épargne d'entreprise ou d'un plan partenarial d'épargne salariale volontaire au titre de la création d'une entreprise, ou du compte épargne-temps.

Le salarié à temps partiel perçoit le salaire afférent aux périodes travaillées.

### AIDES POSSIBLES

Un salarié peut créer une entreprise tout en restant salarié d'une autre entreprise dès l'instant où l'entreprise créée ne concurrence pas celle de son employeur. En effet, tout salarié est tenu à une obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur, s'accompagnant d'une obligation de fidélité, de discrétion, de réserve et de non concurrence. Cette bi-activité est même encouragée par les pouvoirs publics. En effet plusieurs mesures visent à faciliter le passage à l'acte des salariés et à diminuer les coûts :

- inopposabilité pendant un an de la clause d'exclusivité pouvant figurer dans leur contrat de travail ;
- temps partiel pour création d'entreprise ;
- exonération de charges sociales pendant un an.

Le salarié-créateur cotise :

- d'une part, sur ses revenus de salarié, auprès du régime général de la Sécurité sociale ;
- d'autre part, sur ses revenus d'entrepreneur auprès du régime des non salariés (TNS) ou du régime général de la Sécurité sociale en fonction du statut choisi. Le droit aux prestations lui est ouvert dans le régime dont relève son activité principale.

Le salarié qui crée ou reprend une entreprise peut bénéficier d'une exonération de charges sociales au titre de son activité indépendante. Pour cela, il doit :

- avoir effectué au moins 910 heures d'activité salariée au cours des douze mois précédant la création ou la reprise d'entreprise ;
- effectuer les douze mois suivant la création ou la reprise d'entreprise au moins 455 heures d'activité salariée.

Lorsque ces conditions sont respectées, le salarié-créateur est exonéré pendant 1 an des cotisations dues au titre de son activité indépendante d'assurance maladie-maternité, veuvage, vieillesse de base, invalidité/décès, et d'allocations familiales dans la limite d'un plafond de revenu ou de rémunération égal à 120 % du SMIC. Pour obtenir cette exonération, le salarié-créateur doit adresser une demande d'exonération, par courrier simple, à chaque organisme social dont il relève au titre de son activité indépendante, accompagnée des justificatifs prouvant l'accomplissement des heures minimales d'activité salariée.

Pôle Emploi propose un ensemble de prestations spécifiques, gratuites, pour les créateurs ou repreneurs d'entreprises. Certaines prestations sont réalisées par des prestataires conventionnés.

Le porteur de projet a la possibilité de participer à 2 ateliers spécifiques sur la création ou la reprise d'entreprise. Ces ateliers d'une durée de 4 heures sont réalisés le plus souvent au sein de l'agence locale. Il s'agit d'un travail individuel encadré par un animateur.

L'évaluation préalable à la création ou à la reprise d'entreprise (EPCRE) est assurée par un prestataire de Pôle Emploi au cours de 6 entretiens individuels répartis sur 3 à 4 semaines. Cette évaluation s'adresse aux demandeurs d'emploi ayant réalisé une première écriture de leur projet avec notamment un chiffrage des aspects commerciaux et financiers. Les porteurs de projets sont conseillés sur les points forts et les points faibles de leur projet et sur sa faisabilité.

La prestation « cible » public créateur est un accompagnement réalisé sous forme de 6 entretiens individuels, sur une durée de 3 mois par les prestataires de Pôle Emploi. Le porteur de projet est amené à travailler tous les aspects de son projet (étude de l'environnement, analyse du marché, comptes prévisionnels, étude du régime juridique, fiscal et social) afin de le formaliser et de rédiger le business plan.

L'évaluation en milieu de travail (EMT) est généralement utilisée dans la phase de validation d'un projet professionnel, cette prestation permet également à de futurs créateurs de valider leur projet sur le terrain. Il s'agit pour le demandeur d'emploi de trouver avec l'aide de son conseiller référent une entreprise susceptible de l'accueillir pendant 80 heures au maximum afin de lui permettre de découvrir les conditions d'exercice d'un métier. Une convention tripartite sera mise en place entre Pôle Emploi, l'entreprise et le porteur de projet afin de donner un cadre légal à ce dispositif.

Attention, certaines mesures ou prestations n'ont pas de caractère automatique. Leur attribution varie en fonction des situations locales et de certains critères. Il est recommandé de se rapprocher d'un conseiller Pôle Emploi pour de plus amples informations.

L'aide aux demandeurs d'emploi créant ou reprenant une entreprise (ACCRE) consiste en une exonération de charges sociales (dans la limite de 120 % du Smic) pendant un ou trois ans selon les cas. Pour les bénéficiaires du micro-social, cette aide consiste en l'application de taux réduits de cotisations sociales.

Le NACRE (Nouvel Accompagnement pour la Création et la Reprise d'Entreprise) est un parcours ayant pour objectif de vous donner les meilleures chances de réussite. Il comprend deux types d'aide :

- une aide au montage du projet de création ou de reprise d'entreprise et au développement de l'entreprise (conseil et accompagnement) ;
- une aide financière (prêt à taux zéro et sans garantie) qui doit être couplée à un prêt bancaire.

Son montant est de **1 000 € à 10 000 €** pour une durée de 1 à 5 ans.

Avant la création ou la reprise de l'entreprise, le porteur de projet perçoit normalement ses indemnités chômage. Il pourra continuer à percevoir une partie de ses allocations après le début d'activité, à condition que sa nouvelle rémunération ne dépasse pas 70 % du salaire sur lequel ont été calculées ces allocations et ce dans la limite de 15 mois (sans limitation pour les personnes âgées de plus de 50 ans), et à la condition qu'il renouvelle son actualisation chaque mois.

Le porteur de projet qui a obtenu l'Accre, peut prétendre à une aide financière égale à la moitié des droits qui lui restent dus. Cette aide est versée en deux fois.

L'aide individuelle à la formation professionnelle (AIF) pour les artisans est octroyée aux demandeurs d'emploi inscrits à Pôle emploi depuis au moins 6 mois (ou de manière discontinue 6 mois au cours des 12 derniers mois), ou aux bénéficiaires d'une convention de reclassement personnalisé (CRP) ou d'un contrat de transition professionnelle (CTP), qui doivent suivre un stage de préparation à l'installation préalable à l'inscription au Répertoire des métiers. Elle est versée directement à l'organisme de formation et à titre subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être attribuée en complément de l'aide régionale dont le montant ne permettrait pas de couvrir l'intégralité des frais pédagogiques. Elle est cumulable avec les aides à la création ou à la reprise d'entreprise dont peuvent bénéficier les demandeurs d'emploi (notamment les dispositifs Accre et Nacre).

Certains organismes proposent des formations spécifiques à la création ou à la reprise d'entreprise, d'une durée variable, en faveur des demandeurs d'emploi. Elles peuvent être financées en intégralité ou partiellement par les collectivités (conseil général ou régional) ou Pôle Emploi pour les demandeurs d'emploi indemnisés. Les sessions sont assurées par des organismes de formation ou des organismes d'appui à la création d'entreprise (ex. : réseau des Boutiques de gestion).

## REPORT DES CONGÉS PAYÉS

Les congés payés annuels dus au salarié en sus de 24 jours ouvrables sont, à sa demande, éventuellement reportés en vue de son départ en congé pour création d'entreprise. En d'autres termes, le salarié peut reporter sa 5<sup>e</sup> semaine de congés payés jusqu'à son départ en congé création d'entreprise. Le cumul de ces congés payés peut porter au maximum sur 6 années.

*Article L. 3142-100 du Code du travail*

Au moment de son départ en congé pour création d'entreprise, l'employeur verse au salarié l'indemnité compensatrice correspondant à ces journées. Cette disposition ne concerne pas les entreprises tenues d'adhérer à une caisse de congés payés.

*Article L. 3142-101 du Code du travail*

Si le salarié renonce au congé pour création d'entreprise, les congés payés reportés sont ajoutés aux congés payés annuels, par fraction de 6 jours ouvrables par année qui suit.

*Article L. 3142-102 du Code du travail*

### **Exemple**

*Un salarié reporte pendant 5 ans sa 5<sup>e</sup> semaine de congés payés. L'entreprise devra lui verser, lors de son départ en congé, une indemnité compensatrice correspondant à 5 semaines de congés payés.*

*En cas de renonciation au congé pour création d'entreprise, les congés payés reportés sont ajoutés aux congés payés annuels par fraction de 6 jours et jusqu'à épuisement à compter de l'année de la renonciation. Jusqu'à épuisement des congés payés reportés, tout nouveau report de la 5<sup>e</sup> semaine, au titre du congé pour création d'entreprise, est exclu.*

*En cas de rupture du contrat de travail, le salarié perçoit une indemnité compensatrice pour les droits à congés reportés. Cette capitalisation de la 5<sup>e</sup> semaine de congés payés peut se cumuler avec le report des 10 jours maximum annuel acquis dans le cadre du congé principal et autorisé à être placé dans le cadre d'un Compte Épargne Temps (accord conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2005).*

*Article L. 3142-103 du Code du travail*



## CONGÉ POUR CRÉATION D'ENTREPRISE ET ÉPARGNE SALARIALE

### DROITS AFFECTÉS AU COMPTE ÉPARGNE TEMPS

Les jours de congés et les sommes affectées au compte épargne-temps peuvent, le cas échéant, servir à l'indemnisation d'un congé pour création d'entreprise. Les indemnités journalières ainsi versées constituent du salaire soumis à cotisations. Le salarié peut aussi recourir au compte épargne-temps pour indemniser les périodes de travail à temps partiel pour création ou reprise d'une entreprise.

### DÉBLOCAGES ANTICIPÉS DES SOMMES ISSUES DE L'INTÉRESSEMENT ET DE LA PARTICIPATION

Les sommes acquises au titre de la participation aux résultats ou déposées sur un plan d'épargne d'entreprise peuvent être débloquées de façon anticipée sans perte du bénéfice des exonérations de cotisations et d'impôt en cas de création d'entreprise.

*Articles R. 3324-22 et L. 3332-25 du Code du travail*

### DROITS À ÉPARGNE SALARIALE PENDANT LA SUSPENSION DU CONTRAT

La durée du congé n'est pas considérée comme du travail effectif ni pour les congés payés ni pour l'ancienneté, sauf en cas de passage à temps partiel.

#### La participation

Tous les salariés de l'entreprise doivent pouvoir bénéficier de la réserve spéciale de participation.

*Article L. 3324-3 du Code du travail*

La détermination des bénéficiaires est fondée sur le critère d'appartenance juridique à l'entreprise et se traduit par l'existence d'un contrat de travail (de droit français). Tous les salariés, au sens du droit du travail, doivent pouvoir bénéficier de la répartition de la réserve spéciale de participation. Ainsi, il est impossible d'exclure un salarié en congé pour création d'entreprise du bénéfice de la réserve spéciale de participation. La répartition de la réserve spéciale de participation entre les bénéficiaires est calculée proportionnellement au salaire perçu ou au revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente, plafonnée au niveau du salaire le plus élevé versé dans l'entreprise, et dans les limites des plafonds de répartition individuelle.

*Article L. 3324-5 du Code du travail*

Une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe peut être exigée pour bénéficier de la participation. Cette condition d'ancienneté ne peut excéder 3 mois. L'accord peut être plus favorable pour le salarié et fixer une durée d'ancienneté plus courte. L'ancienneté est considérée ici comme la durée totale d'appartenance à l'entreprise sans que soient déduites les périodes de suspension du contrat de travail.

*Article L. 3342-1 du Code du travail*

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. La durée d'appartenance juridique à l'entreprise doit être déterminée en tenant compte de la totalité de l'ancienneté acquise par le salarié, que celle-ci soit acquise au titre d'un ou de plusieurs contrats de travail.

Les critères de répartition sont en principe fonction des clauses prévues dans l'accord instituant la participation. Faute d'accord entre les signataires, la répartition se fait en totalité proportionnellement aux salaires perçus dans la limite du plafond fixé à l'article D. 3324-10 du Code du travail (4 plafonds annuels de Sécurité sociale). D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de la réserve spéciale de participation doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité.

*Circulaire interministérielle du 6 avril 2005*

L'article L. 3324-5 du Code du travail fixe les règles en matière de répartition de la réserve spéciale de participation. Celle-ci peut être répartie :

- proportionnellement au salaire perçu ;
- de façon uniforme ;
- proportionnellement à la durée de présence ;
- conjointement entre ces différents critères.

#### **Répartition en fonction du salaire**

La répartition de la réserve spéciale de participation peut se faire en totalité ou en partie, proportionnellement aux salaires perçus par chaque bénéficiaire au cours de l'exercice. Par salaire, il faut entendre les salaires à prendre en compte au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

Lorsque le salarié est en congé pour création d'entreprise, sa rémunération n'est pas maintenue, de ce fait, le montant de la réserve spéciale de participation qui lui sera accordée sera amputé soit totalement en cas de congé pour création d'entreprise total, soit partiellement en cas de passage à temps partiel.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

#### **Répartition selon la durée de présence**

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. C'est pourquoi, le congé pour création d'entreprise, non légalement assimilée à du travail effectif, ampute le montant de sa réserve spéciale de participation totalement ou partiellement en fonction du congé choisi (total ou passage à temps partiel).

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

#### **Répartition uniforme**

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord de participation une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié).

Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de la RSP est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Chaque salarié percevant le même montant, il n'y a pas lieu de prendre en compte les absences résultant d'un congé pour création d'entreprise.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

#### **Utilisation des critères de répartition**

Lorsque le critère de salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères, sous réserve de l'application de clauses plus favorables. L'entreprise ne peut, par conséquent, surpénaliser l'absentéisme. Au contraire, l'entreprise peut instaurer un salaire plancher pour la répartition de la réserve spéciale de participation et/ou un salaire plafond. En cas d'utilisation conjointe des différents critères, ceux-ci ne peuvent s'appliquer à une masse unique de participation : la répartition d'une masse unique de participation au prorata des salaires effectivement perçus, affectés d'un coefficient de présence surpénalisant l'absentéisme est, par conséquent, prohibée. Par contre, un calcul effectué sur deux masses distinctes conserve un caractère proportionnel. Chaque critère doit donc s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

#### **L'intéressement**

Tous les salariés de l'entreprise ou des établissements du groupe, entrant dans le champ d'application de l'accord, doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement.

*Article L. 3344-1 du Code du travail*

L'article L. 3313-2 du Code du travail permet à l'entreprise de limiter le champ d'application de l'intéressement à certains établissements de l'entreprise. L'accord peut, par conséquent, exclure un ou plusieurs établissements de l'entreprise. Un établissement peut être considéré comme tel dès lors qu'il y a une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et qu'il présente une autonomie administrative et économique suffisante. Cette autonomie se traduit par l'existence d'une structure de direction dotée de pouvoirs en matière de gestion du personnel et d'organisation du service. Lorsqu'il existe des comités d'établissements, l'accord d'intéressement peut moduler son champ d'application en considérant les différents centres d'activité de l'entreprise ayant donné lieu à l'institution de ces comités. À défaut, la notion d'établissement est appréciée en fonction des critères retenus pour la mise en place d'un comité. Si l'accord peut exclure un établissement, l'accord ne peut exclure, à l'intérieur d'une entreprise ou d'un établissement ou d'une unité de travail, une catégorie de salariés.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

L'accord peut exiger une durée minimum d'ancienneté qui ne peut excéder 3 mois.

*Article L. 3342-1 du Code du travail*

Pour la détermination de l'ancienneté éventuellement requise, sont pris en compte tous les contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des 12 mois qui la précèdent. L'ancienneté correspond à la durée totale d'appartenance juridique à l'entreprise. Il est tenu compte du temps de travail effectif sans que les périodes de suspension du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, puissent être déduites. Un accord d'intéressement ne peut écarter les salariés ayant moins de 3 mois d'ancienneté ainsi que ceux qui, remplissant les conditions d'ancienneté, ne justifieraient pas du minimum d'ancienneté du fait d'absences non assimilées à du travail effectif.

*Cass. soc.21 octobre 2003, n° 01-21.353*

L'intéressement peut être modulé en fonction des unités de travail de l'entreprise ou de l'établissement. Cette notion n'est pas définie par le Code du travail. Les critères constitutifs de l'unité de travail sont les suivants :

- salariés travaillant habituellement ensemble ;
- salariés exerçant des tâches proches ou identiques ;
- salariés ayant des conditions de travail analogues ;
- salariés étant placés sous la responsabilité d'un même encadrement.

L'unité de travail peut être constituée par différentes structures, variant selon l'activité de l'entreprise. Il peut s'agir :

- d'un bureau ;
- d'un service ;
- d'un atelier ;
- d'une unité de production, d'un magasin, d'un chantier ;
- du service nouveau d'une entreprise.

L'unité de travail ne peut se confondre avec un salarié unique, sous peine de constituer un intéressement personnalisé ou avec une catégorie de salariés.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

#### **Répartition de l'intéressement**

L'accord peut prévoir une répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence ou retenir conjointement ces différents critères. L'accord d'intéressement ne peut, par contre, fonder la répartition sur des critères de performances individuelles des salariés.

*Article L. 3314-5 du Code du travail  
Cass. soc. 13 avril 1995, n° 93-15.295*

#### **Modalités d'appréciation des critères**

D'une façon générale, hormis le critère uniforme, la répartition de l'intéressement doit se faire en application d'une proportionnalité rigoureuse. La définition de la présence ou du salaire ne peut conduire à faire échec à cette proportionnalité. Ainsi, la Cour de cassation exclut toute réduction sur la prime individuelle d'intéressement plus que proportionnelle à la durée des absences intervenues au cours de l'exercice. De la même façon, la définition du salaire ne peut conduire à restreindre le droit à intéressement de certaines catégories de salariés, voire à les exclure du bénéfice de l'intéressement, ce qui remettrait en cause le caractère collectif de l'intéressement.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

#### **Modalités d'application des critères**

La répartition de l'intéressement peut être différenciée en fonction du ou des critères retenus. Si le critère du salaire ou celui de la durée de présence est retenu, la répartition ne peut être que proportionnelle à ces critères. La solution est identique en cas d'utilisation conjointe des différents critères. Dans ce cas, il convient de considérer que les critères ne peuvent être combinés pour s'appliquer à une masse unique d'intéressement. Au contraire, chaque critère doit s'appliquer à une « sous-masse » distincte.

### **Répartition en fonction du salaire**

L'accord doit définir la notion de salaire retenue pour la répartition de l'intéressement. La répartition peut se faire en fonction du salaire effectivement versé au salarié durant l'année ou en fonction du salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle des salariés. Il peut être tenu compte, en cas d'absence (maladie, accident du travail, ...) d'un salaire de référence correspondant à la rémunération habituelle du salarié. Lors d'une absence résultant d'un congé pour création d'entreprise, il est opéré un abattement total ou partiel (selon les cas) sur le salaire et par conséquent un abattement sur la prime d'intéressement.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

### **Répartition selon la durée de présence**

Cette répartition est de nature à atténuer la hiérarchie des salaires. La notion de durée de présence doit être précisée dans l'accord. Dans tous les cas, la durée de présence inclut les périodes de travail effectif auxquelles s'ajoutent les périodes légalement ou conventionnellement assimilées à du travail effectif. Étant donné que le congé pour création d'entreprise n'est pas légalement assimilé à du temps de travail effectif, le salarié peut ne pas percevoir une prime d'intéressement sauf en cas de passage à temps partiel.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

Un accord prévoyant une réduction de l'intéressement en fonction de certaines absences, institue une pénalisation de ces absences et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise.

*Cass. soc. 7 mai 2003, n° 01-21.033*

De la même façon, toute clause d'un accord prévoyant une réduction du montant de l'intéressement plus que proportionnelle à la durée de l'absence est contraire au caractère collectif de l'intéressement. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, la prime d'intéressement était pondérée chaque mois en fonction des absences autres que celles dues aux accidents du travail, maladie professionnelle, maternité, heures de délégation des représentants du personnel, de façon plus que proportionnelle à la durée de l'absence. La Cour se fonde sur ce caractère plus que proportionnel pour juger la clause illégale. De la même façon, la clause d'un accord d'intéressement instaurant une minoration de la prime d'intéressement jusqu'à un seuil de 40 jours d'absence, seuil au-delà duquel les absences n'ont plus aucune incidence n'institue pas une répartition uniforme et ne peut donner lieu à exonération de cotisations sociales des primes distinguées.

*Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 16 décembre 2003, n° 02-30.904*

De même, la clause d'un accord d'intéressement ayant pour effet d'instituer une pénalisation des absences, et non une répartition de l'intéressement en fonction de la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, prive les primes du caractère de rémunération collective de sorte que celles-ci ne peuvent ouvrir droit aux exonérations légales.

*Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 1999, n° 97-17.515*

### **Répartition uniforme**

La loi n° 2001-152 du 19 février 2001 permet aux entreprises de retenir dans l'accord d'intéressement une répartition qui soit en totalité ou en partie uniforme. L'enveloppe est divisée entre tous les salariés bénéficiaires sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein, un salarié embauché en cours d'année la même somme qu'un salarié présent toute l'année.

Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il est à souligner que, dans de nombreux accords, le terme de « répartition uniforme » est improprement employé : en effet, il désigne parfois un mode de répartition où est prise en compte la durée de présence sans pénalisation de l'absentéisme (tenant compte des seules entrées/sorties au cours de l'exercice, et du travail à temps partiel, le cas échéant, du salarié). Cette formule de répartition permet d'atténuer la hiérarchie des salaires. Dans le cadre de cette répartition, le montant est identique pour tous les salariés. Le montant de l'intéressement est divisé par le nombre de salariés sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. De ce fait, les absences n'ont aucun impact dans cette répartition.

*Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, NOR : SOCX0508715C*

## DROIT DU TRAVAIL ET CONGÉ POUR CRÉATION D'ENTREPRISE

La durée du congé n'est pas considérée comme du travail effectif ni pour les congés payés ni pour l'ancienneté, sauf en cas de passage à temps partiel. Le salarié n'est pas rémunéré pendant un congé pour création d'entreprise, excepté :

- s'il a bénéficié de la capitalisation de la 5<sup>e</sup> semaine de congés payés ;
- s'il a reporté des jours de congés dans le cadre d'un Compte Épargne Temps ;
- s'il a débloqué de façon anticipée sa réserve spéciale de participation, la création ou la reprise d'une entreprise donnant droit au déblocage anticipé de la participation si le salarié ou son conjoint ont le contrôle effectif de la société.

Le salarié, qui n'exerce plus son emploi pendant la durée de son congé, ne peut se prévaloir des dispositions conventionnelles attribuant un logement à titre gratuit au titulaire de cette fonction. Cet avantage en nature est, en effet, considéré comme un accessoire de l'emploi.

*Cass. soc. 19 février 1997, n° 94-44.228*

Le contrat étant suspendu pendant le congé pour création d'entreprise, le salarié n'acquiert, en principe, pas de droits à congés. De même, son ancienneté est interrompue, sous réserve de dispositions conventionnelles plus favorables.

Le salarié bénéficiaire du congé ou de la période de travail à temps partiel n'a aucun droit à réintégration ou à retrouver un emploi à temps plein avant le terme prévu.

*Articles L. 3142-84 et L. 3142-90 du Code du travail*

Dès lors, si le projet du créateur échoue, l'employeur n'a aucune obligation : il est en droit d'attendre le terme du congé ou de la période de travail à temps partiel. À l'issue de la période de travail à temps partiel convenue, le salarié doit retrouver une activité à temps plein assortie d'une rémunération au moins équivalente à celle qu'il avait antérieurement.

*Article L. 3142-90 du Code du travail*

À l'issue du congé, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente.

*Article L. 3142-84 du Code du travail*

Le salarié doit, au moins 3 mois avant la fin de son congé, informer son employeur :

- de son intention d'être réemployé ;
- de son intention de rompre le contrat.

Lorsqu'il manifeste sa volonté d'être réemployé, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente. À défaut, l'employeur peut être condamné à des dommages-intérêts. S'il y a modification d'un élément essentiel de son contrat de travail, à son retour de congé, le salarié peut légitimement la refuser, sans être considéré comme démissionnaire ou comme ayant commis une faute grave. C'est à l'employeur de prendre l'initiative de le licencier, le cas échéant. Le salarié qui reprend son activité à l'issue du congé pour création d'entreprise, bénéficie d'une réadaptation professionnelle en cas, notamment, de changements de techniques ou de méthodes de travail. Le salarié en congé pour création d'entreprise ou ayant signé un avenant à temps partiel dans ce cadre, ne peut invoquer aucun droit à être réemployé avant le terme initialement fixé.

Le salarié informe son employeur, par LRAR, au moins 3 mois avant la fin de son congé, de son intention soit d'être réemployé, soit de rompre son contrat de travail dans les conditions prévues par celui-ci, sous une réserve : il n'est pas tenu d'effectuer son préavis.

*Articles L. 3142-85 et D. 3142-85 du Code du travail*

Dans tous les cas, l'employeur ne peut pas conditionner la réintégration à la justification par le salarié de l'utilisation du congé - par exemple, en justifiant de la création de l'entreprise et de l'activité exercée.

*Cass. soc. 1<sup>er</sup> décembre 2005, n° 04-41.394*

Ou encore à l'abandon de son activité dans l'entreprise qu'il a créée.

*Cass. soc. 21 novembre 1995, n° 92-42.414*

Si le salarié ne retrouve pas son emploi à l'issue du congé pour création d'entreprise, il a droit à des dommages-intérêts en sus de l'indemnité de licenciement. À la fin de son congé, le salarié peut démissionner sans effectuer son préavis. Il ne doit aucune indemnité à l'employeur.

*Article L. 3142-85 du Code du travail*

L'employeur établit alors le solde de tout compte et donne au salarié les documents obligatoires.

L'employeur communique semestriellement au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, la liste des demandes de congés pour création d'entreprise avec l'indication de la suite qui y a été donnée.

*Article L. 3142-106 du Code du travail*

## PROTECTION SOCIALE DU SALARIE EN CONGÉ POUR CRÉATION D'ENTREPRISE

Les salariés bénéficiant d'un congé création ou d'un congé sabbatique continuent d'être couverts par la Sécurité sociale pendant 12 mois tant en ce qui concerne les prestations en nature (remboursements des soins) que les prestations en espèces (indemnités journalières). Le maintien de la couverture sociale ne concerne pas l'assurance vieillesse ; le salarié pourra prendre une assurance volontaire ou éventuellement acheter plus tard les points de retraite correspondant à l'année du congé. Il est bien entendu que ce régime de maintien de droit cesse dès l'instant où la personne débute une activité indépendante. Elle dépend alors du régime social correspondant à son statut dans l'entreprise créée. Dès que le salarié retrouve son emploi après le congé, il est à nouveau couvert par la Sécurité sociale.

Le bénéficiaire d'un congé pour création d'entreprise a droit aux prestations en nature pendant 12 mois (durée légale du congé).

Le maintien de droits de 12 mois et l'exonération corrélative de cotisations dans le régime dont relève la nouvelle activité ne sont applicables qu'aux bénéficiaires de l'aide à la création d'entreprise relevant, lors de l'attribution de l'aide, d'un régime obligatoire de protection sociale en qualité d'assurés. Il s'agit des salariés, chômeurs indemnisés ou susceptibles de l'être (salariés en préavis de licenciement ou en congé ou en convention de conversion) ainsi que des allocataires du RSA exerçant précédemment une activité salariée (fin de contrat emploi-solidarité notamment). N'entrent pas dans le champ du maintien de droits les demandeurs d'emploi depuis plus de 6 mois et les allocataires du RSA ne relevant pas d'un régime de Sécurité sociale obligatoire en qualité d'assurés. Il peut notamment s'agir de personnes ne relevant d'aucun régime de protection sociale, d'anciens assurés en maintien de droits, d'ayants droit, d'anciens ayants droit, d'assurés de régimes subsidiaires (étudiants) ou d'assurés personnels. Cela peut être aussi le cas d'allocataires du RMI n'exerçant pas d'activité, assurés personnels ou ayants droit d'assurés personnels, lors de l'attribution de l'aide. Dès lors, les bénéficiaires de l'aide à la création d'entreprise dont la situation antérieure ne permet pas un maintien de droits aux prestations, peuvent bénéficier sur leur demande d'un allègement de charges sociales à titre provisionnel ou définitif.

*Lettre circulaire ACOSS n° 94-67 du 4 octobre 1994*

En matière de protection sociale, la création ou la reprise d'une entreprise conduit le salarié à relever d'une nouvelle couverture sociale, qui dépend de son statut de salarié ou de travailleur indépendant.

Dans l'hypothèse où il dépend d'un régime salarié mais ne remplit pas la condition de durée d'affiliation pour ouvrir droit à prestations, le maintien de l'ancienne assurance maladie-maternité, pendant un an, lui permet de percevoir des indemnités journalières.

*Articles L. 161-8 et R. 161-3 du Code de la Sécurité sociale*

Lorsque le salarié relève du statut de travailleur indépendant, il bénéficie de la protection sociale attachée à ce statut et ne peut donc bénéficier d'indemnités journalières au titre de son ancienne assurance maladie-maternité.

